

A REPERCUSSÃO DO NOVO CÓDIGO CIVIL SOBRE A AQUISIÇÃO DE BENS IMÓVEIS PELO PODER JUDICIÁRIO

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR

Desembargador do TJ/RJ e Professor da EMERJ

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos vinte anos, o Poder Judiciário brasileiro tem recebido número crescente de demandas, em função, sobretudo, de dois fatores, que, de tão conhecidos e notórios, dispensam demonstração: (a) as desigualdades sócio-econômico-culturais que fomentam conflitos de toda sorte, fenômeno universal que se mostra mais agudo em sociedades como a nossa, onde mais complexa e difusa é a desigualdade; (b) a criação ou o alargamento de direitos subjetivos e suas respectivas garantias instrumentais, introduzidos na ordem jurídica pela Constituição da República de 1988, fato nacional que refletiu tendência do constitucionalismo contemporâneo, atraindo aos tribunais pleitos que, antes, bem ou mal, encontravam outras vias de composição, ou não geravam disputas, ou simplesmente não eram formulados, constituindo o que tem sido chamado de “demanda reprimida por prestação jurisdicional”.

A pressão por mais justiça, em seu sentido de pacificação social e garante de ordem e estabilidade públicas, tem suscitado respostas de variada política, que passam (a) pela instituição de vias alternativas de resolução privada dos conflitos (como o juízo arbitral), que presume a incapacidade do Estado de ampliar e tornar mais rápida a atuação da Justiça pública; (b) pela ampliação dos serviços das organizações judiciárias tradicionais (multiplicação de órgãos prestadores de jurisdição, em primeiro e segundo graus), que se contrapõe àquela presunção; (c) pela criação de modelos diferenciados de prestação jurisdicional, com forte apelo aos recursos da comunidade (como os juizados especiais e seus quadros de conciliadores leigos), traduzindo a busca de solução eclética, capaz de amalgamar esforços

do Estado e da Sociedade; e (d) por reformas da legislação processual, no propósito de simplificar e racionalizar ritos e instâncias, de que é exemplo o conjunto de leis extravagantes que, desde a segunda metade da década de 90, vem modificando o código de processo civil promulgado em janeiro de 1973. As vertentes não se excluem e, sob a ótica da eficiência, apresentam certos pontos de contato, tal como o da imperiosa necessidade de contarem com meios informatizados, sob administração gerencial qualificada, com aptidão para responder à massificação dos serviços.

O foco do presente estudo concentra-se em questão que se situa no âmbito das respostas que os administradores dos Tribunais de Justiça têm proposto por meio da ampliação de seus próprios serviços e estruturas, a partir de leis que criam Fundos Especiais providos de receitas vinculadas ao custeio da prestação jurisdicional, de modo a desonerar os respectivos erários estaduais e a ensejar o exercício da autonomia administrativa e financeira que o art. 99 da CF/88 outorgou aos Tribunais de Justiça.

A ampliação de serviços e estruturas conhece limites físicos evidentes em relação às disponibilidades de recursos financeiros, humanos e materiais. Por isto que qualquer esforço de ampliação deve ser precedido de planejamento e acompanhado de avaliação, ambos, planejamento e avaliação, submetidos a quadro regulador que lhes pavimente os caminhos da legalidade, da legitimidade, da economicidade e da eficiência. De sorte que, no campo da aquisição de bens que sirvam à ampliação, deve o gestor judiciário pautar-se segundo finalidades previamente fixadas, com vistas a obter resultados que correspondam à eficácia de objetivos e metas de melhoria na entrega da prestação jurisdicional, que é, em última análise, o que dele esperam os jurisdicionados.

Surge o primeiro desafio conceitual que impende desde logo enfrentar na introdução do tema: a relação entre eficiência e eficácia, sob a perspectiva das organizações e tendo em conta que a Emenda Constitucional nº 19/98 incluiu a eficiência entre os princípios que o art. 37, *caput*, considera regentes da Administração Pública brasileira, aí incluído, expressamente, o Poder Judiciário, seja na esfera da União ou dos Estados.

O resumo de Alzemeris Martins, ilustre Procuradora do Estado da Bahia, estabelece tal relação com didática clareza, *verbis*:

“Os conceitos de eficiência e eficácia têm na Ciência da Administração o seu nascedouro e em Max Weber o seu decodificador, através da

Teoria da Burocracia... Para Weber, eficácia é a obtenção do resultado esperado. Para existir eficácia, necessário traçar um fim e alcançá-lo. Eficiência, diversamente, é a qualidade de realizar uma atividade de modo correto, obedecendo padrões estabelecidos. É, como a eficácia, uma medida normativa de utilização de recursos no processo produtivo, mas está voltada à melhor forma de realizar a atividade. Disto se conclui que a eficácia se centraliza no para quê as coisas são feitas e a eficiência em como são feitas.”

“Eficiência..., em termos econômicos, é uma relação entre custos e benefícios... está voltada para a melhor maneira (the best way) pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos (pessoas, máquinas, matérias-primas) sejam aplicados da forma mais racional possível. Dessa forma, a eficiência preocupa-se com os meios, com os métodos e procedimentos mais indicados, que precisam ser devidamente planejados e organizados, com o fito de assegurar a otimização da utilização dos recursos disponíveis (observa-se que a nota característica do conceito de eficiência, para a Ciência da Administração, é o controle dos meios, que devem ser utilizados para alcance das finalidades).”

“Eficácia ... refere-se à capacidade de satisfazer uma necessidade da sociedade através do suprimento de seus produtos – bens ou serviços. O alcance dos objetivos visados não entra na esfera da competência da eficiência; é um assunto ligado à eficácia. Em suma: a eficiência dá ênfase nos meios, a eficácia nos resultados. Enquanto a eficiência se preocupa em como as coisas são feitas e de que maneira deverão ser executadas, a eficácia se preocupa em para quê as coisas são feitas, quais os resultados que elas trazem e quais os objetivos que visam alcançar.”

“A consequência direta da eficiência – frise-se, no modelo burocrático – é a produtividade, que pode ser definida como a produção de uma unidade produtora por unidade de tempo, isto é, o resultado da produção de alguém por um determinado período de tempo. Quanto maior é a eficiência, maior é a produtividade.”

“... Burocracia, no sentido weberiano, não tem o significado pejorativo de uso popular, mas um sentido técnico voltado para a racionalidade (adequação dos meios aos fins) e para a eficiência ... Em suma, eficiência e eficácia, ao contrário do caráter inovador que se pretende imprimir nos dias atuais, são conceitos antigos na Administração. O primeiro, voltado para os métodos, meios e procedimentos. O segundo, para a obtenção de resultados ...”

“ ... o princípio constitucional da eficiência – que abarca as noções de eficiência e eficácia da Teoria Burocrática – ter-se-á por uma norma constitucional voltada à Administração Pública, que lhe impõe a melhor realização possível da atividade que lhe é cometida por lei. E como os princípios são integrados de valores, compõem a eficiência, principalmente, a economicidade, a celeridade, a vedação ao ritualismo estéril e a qualidade...”

“A eficiência administrativa não admite a mera correção de procedimentos, em detrimento dos resultados, daí ganhar corpo a afamada teoria da convalidação de atos irregulares... A complementaridade entre o princípio da eficiência e o princípio da legalidade, que, frise-se, não são antinômicos, vai de encontro ao efficientismo vazio e ao legalismo estéril ... a atividade administrativa apenas se contentará com a eficiência obtida em obediência ao comando legal. Mas nem por isso chego ao extremo de afirmar que a eficiência é a face material da legalidade, como querem uns, ou um plus à legalidade, como querem outros. Comungo, sim, com a tese daqueloutros que vêem no princípio da eficiência um princípio autônomo com valores próprios ...” **(Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, 26:85-112, jan./dez. 2000).**

Estabelecida a relação entre a eficiência e a eficácia, e percebida a fusão de seus respectivos conteúdos econômicos e administrativos quando convertidas no princípio constitucional da eficiência, a incorporação de bens imóveis ao patrimônio gerido pela administração judiciária é questão necessariamente vinculada ao procedimento da aquisição, que deve ser eficiente a ponto de assegurar que o respectivo investimento de capital produza resultado eficaz quanto à essência institucional do Poder Judiciário, que é a

de entregar, com adequação e em tempo razoável, a prestação que as partes demandam do Estado-juiz.

Em outras palavras, o Judiciário não adquire imóveis para ampliar o seu patrimônio com o fim de proporcionar maior conforto ou comodidade a magistrados e serventuários. Fá-lo para abrigar, condignamente, serviços e instalações onde ou por meio dos quais possa entregar à população as prestações especializadas que esta lhe demanda. Daí ser imperioso que se consagrem tais bens, de imediato, às finalidades próprias dessa prestação, vedada qualquer outra.

Como garantir-se que assim ocorra, em cada aquisição de bens pelo Judiciário, notadamente os imóveis, é o propósito deste estudo, levando em conta as modificações que o novo Código Civil introduziu no tratamento dos bens públicos. Modificações discretas na aparência, todavia relevantes em contraste com a ordem jurídica fundada pela Constituição Federal de 1988.

2. OS BENS PÚBLICOS NA LEI CIVIL

A presença, no Livro II (Dos Bens), de um Capítulo (III) dedicado a classificar os bens em públicos e particulares suscitou não pouca crítica durante a tramitação do projeto do Código Civil de 1916. Empenharam-se em debates parlamentares Clóvis Beviláqua, Júlio Santos, Andrade Figueira, Azevedo Marques e Coelho Rodrigues, este autor de substitutivo que discriminava os bens que deveriam caber a cada ente político.

Clóvis a tanto se opunha por lhe parecer que “essa atribuição de bens à União, aos Estados e Municípios é mais um assunto de Direito Público e Administrativo do que de Direito Civil ... Como, porém, se apelou para necessidades práticas, pus de lado as minhas considerações, que poderiam parecer teóricas”, mas insistia em que, para evitar omissões inevitáveis no rol desses bens, convinha que se adotasse “a disposição genérica do projeto primitivo”. Os comentadores pósteros concordam em que “Escapa à órbita do Direito definir quais os bens públicos, pois tal matéria se compreende no âmbito do Direito Constitucional ou mesmo dentro da alçada do Direito Administrativo. Com efeito, é na Constituição e noutras leis de direito público que se encontra a enumeração de referidos bens” (Sílvio Rodrigues, **Direito Civil**, v. I, parte geral, p. 147. Ed. Saraiva, 18^a ed., 1988).

Predominou a separação: ao direito público cabe discriminar quais os bens da União, dos Estados e dos Municípios; ao direito privado incumbe

classificar os bens públicos, para estreimar o perfil de seu regime jurídico do regime jurídico dos demais. É a síntese que se acha em ambos os Códigos, em seus arts. 65 e 98, respectivamente: definidos os bens públicos, “todos os outros são particulares”.

Também se ponderava acerca da distinção entre bens públicos, de uso comum e de uso especial. Para Andrade Figueira, era “distinção científica que não deve constar da lei, porquanto há bens de uso comum que por um decreto podem tornar-se de uso especial, como podem entrar para a classe dos bens patrimoniais ... A lei precisa confirmar o princípio da inalienabilidade porque os bens, quer sejam da União, dos Estados ou dos Municípios, que são declarados inalienáveis, não estão sujeitos à penhora. Os Municípios e os Estados, que, segundo dizem, estão muito endividados, precisam dessa garantia. A um aparte de Clóvis, perguntando se assim é quando o Estado exerce uma indústria, responde que ... se exerce uma indústria, possui um fundo, como qualquer particular. Cessa a relação de direito público. Se o Estado é proprietário, para comprar, ele não o faz por meio de uma escritura, como qualquer particular? Não deve obedecer à lei que rege a aquisição de imóveis? Está sujeito ao direito privado. Mas agora trata-se de bens públicos ...”.

Acabou por prevalecer, como registra o **Manual do Código Civil Brasileiro**, coletânea dos primeiros comentários editados sobre o Código de 1916, sob a coordenação de Paulo de Lacerda, redação que, proposta por Ruy, “estabelecia com clareza a distinção entre os bens de uso comum, especiais e dominiais, classificando-os e enumerando-os por espécie” no art. 66. Sá Freire, que assina os comentários enfeixados no volume II, parte geral, da coletânea, aludia a conceitos que, como se verá, permanecem e presidiram a redação do art. 99 do novo Código, que corresponde ao art. 66 do antigo.

Seguem excertos que vale a pena transcrever, não apenas porque interessam aos objetivos deste estudo, mas, também, porque a vetusta fonte rareia nas bibliotecas e livrarias e tende a ser ainda mais olvidada na medida em que se venham a suceder os comentários sobre o novo Código. O fato deste atualizar a disciplina da matéria em face da ordem constitucional sugerirá, aos que impulsionam o propósito de esmaecer os paradigmas romanistas de nossos institutos de direito comum, que o novo Código teria rompido o elo com suas origens, o que não é verdadeiro.

Eis o texto de Milcíades Mário de Sá Freire: “O Código, discriminando os bens públicos, menciona no nº I do art. 66 os de uso comum do

povo e exemplifica: tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças... as coisas comuns são as que não se podem tornar propriedade exclusiva de pessoa alguma: o ar, o mar, a água corrente. Todos têm igual direito de gozar dessas coisas, mas de nenhum modo elas podem fazer parte do patrimônio exclusivo de quem quer que seja. Noção esta que deriva do direito romano, que denominava **res publica** o conjunto das coisas que formavam o domínio privado do Estado, como as vias públicas, os teatros, os rios, os portos etc. O direito sobre as coisas de uso público é a forma inferior da faculdade de gozar, e não era garantido senão por ação de **injurias**...

*“Berthélemy diz que a expressão domínio, em direito administrativo, se aplica ao conjunto de bens utilizados ou explorados pela coletividade ou para a coletividade de cidadãos. Divide esses bens em duas categorias: uns servem a todos, como os cursos d’água, os caminhos, os portos, e, pela sua natureza ou pelo seu destino, se assemelham às **res communes**, cuja apropriação não se concebe. Outros não se distinguem materialmente dos bens ordinários: uma escola pública não se distingue, pela vista, de uma escola particular; um presbitério não se distingue de qualquer outra casa de habitação; a floresta dominial não se distingue da mata particular...”*

*“A essas duas categorias de bens se aplicam regras de direito diferentes. Aos bens de todo semelhantes, aos que entram na composição dos patrimônios particulares, se aplicam, **mutatis mutandis**, as regras do direito civil. Esses são os bens que, entre nós, formam o domínio privado da União, dos Estados e dos Municípios. Quanto aos outros bens, os que de modo algum se assemelham aos dos particulares, os que são de uso de todos, quer por sua natureza, como os rios, quer por um destino cujo caráter ou fim os desnatura, como as estradas, regras especiais lhes são aplicadas, porquanto esses bens constituem o domínio público. Se é verdade que está sujeita a controvérsia a natureza dos direitos que, sobre essa parte do domínio, exercem as pessoas administrativas, um ponto nunca foi posto em dúvida: a indisponibilidade do domínio público, enquanto conserva essa qualidade. Observa, finalmente, o professor da Faculdade de Paris: ‘O domínio público é inalienável*

e imprescritível. Tanta basta para mostrar qual o interesse prático que apresenta a determinação de um critério pelo qual se reconheça se um bem dominial é dependência do domínio público ou elemento do domínio privado’...

“Encontra-se segura interpretação... no voto vencido do Ministro Edmundo Lins, onde se lê: ‘Cumpre, antes do mais, observar que o Código não diz que são bens públicos os do uso comum do povo etc., mas que os bens públicos são os de uso comum do povo etc. A diferença é grande entre as duas sentenças: pela primeira, todos os bens do uso comum do povo seriam públicos, ao passo que pela segunda, não. O Código apenas definiu uma das classes dos bens públicos, a saber, os do uso comum do povo. Nem poderia ser de outro modo. Na verdade, bens há que são particulares, mas que os proprietários deixam, por algum tempo, para o uso comum do povo. Na cidade de Diamantina, por exemplo, houve um capitalista que destinou uma de suas casas para o uso comum do povo, que vinha de outros lugares e precisava de hospedagem: lá ficava, sem pedir licença, e o tempo que queria. Com a sua morte, os herdeiros acabaram com esse hotel gratuito e deram ao prédio outro destino. Nesta cidade, particulares há que deixam terrenos abertos para o uso do povo, que neles estabelece campos de futebol, enquanto o proprietário não fecha os ditos terrenos ou neles não edifica’...

*“Da classificação do Código resulta manifesta a diferença entre bens de uso comum (fora do comércio) e os outros dois que se equiparam, classificação legal que não anula e nem se opõe à divisão clássica dos bens do domínio nacional em duas classes: bens do domínio público do Estado e bens do domínio privado do Estado... Clóvis dá noção perfeita dos bens de uso comum, de uso especial e dominicais: ‘Os primeiros são os que pertencem a todos (**res communes omnium**). O proprietário desses bens é a coletividade, o povo. À administração pública estão confiadas a sua guarda e gestão. Podem utilizar-se deles todas as pessoas, respeitadas as leis e os regulamentos. Os segundos são propriedade da União, do Estado ou do Município, porém aplicados a determinada ordem de serviço público. Os terceiros são patrimoniais. Sobre eles a União, o Estado ou o Município exerce*

podere de proprietário, segundo os preceitos do direito constitucional e administrativo” (Manual cit., v. II, p. 523-567. Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1930).

A evocação aos septuagenários comentários, cuja essência o passar do tempo não alterou, tem, dentre outras, uma destacada utilidade, qual seja a de responder à pergunta, que já então se fazia e que hoje ainda ecoa: por que, nada obstante a resistência de Clóvis, prevaleceu o entendimento em favor da inserção, no Código Civil, de normas concernentes a bens públicos, que, nessa qualidade, sujeitam-se a disciplina de direito público, em princípio derogadora e exorbitante do direito comum?

A resposta é matizada, desafiando item específico para o seu desenvolvimento, ainda que breve, como se segue.

3. O REGIME JURÍDICO DA AQUISIÇÃO DE BENS PELOS ENTES PÚBLICOS

Do ponto de vista de sua finalidade, os bens não ingressam no patrimônio público, nem são aí geridos, do mesmo modo. Conforme se trate de móvel ou imóvel, diversa é a via e seus respectivos procedimentos.

Quanto aos móveis, sua aquisição estará sempre vinculada a uma utilidade de interesse da Administração, previamente fixada. A aquisição dos imóveis poderá estar ou não desde logo atrelada a uma destinação específica.

A compra de bens móveis – gêneros, equipamentos, aparelhos e produtos em geral, sejam classificáveis como material permanente ou de consumo – depende, sempre, de prévia especificação, que consiste na definição, pelos órgãos competentes, das características quantitativas e qualitativas que o material deve reunir para bem atender ao uso a que será destinado.

A Lei nº 8.666, de 21.06.93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública, timbra de rigor ao estabelecer que “Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa”. Seu art. 15, § 7º, arremata que “Nas compras deverão ser observados, ainda: I – a especificação completa do bem a ser adquirido, sem indicação de marca; II – a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível,

mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação; III – as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material”.

Fica evidente que por especificação de objeto deve ser entendida a relação de adequação entre as características do bem e as necessidades administrativas que deverá suprir, e que tal especificação é ato prévio à aquisição. A lei considera-o requisito de validade da compra, já que comina nulidade para aquela que se fizer “sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento”. Curial que a previsão orçamentária depende da especificação, posto que esta é que define as características que o bem deverá ter para servir às necessidades da Administração. E tais características é que propiciarão a verificação dos preços que o mercado pratica com respeito aos produtos delas portadores, verificação essa indispensável a que se estime o valor a ser reservado dentre as verbas orçamentárias pertinentes e disponíveis para a futura aquisição. De sorte que, quando esta se aperfeiçoa, a Administração sabe, de antemão, a que destino e usos remeterá o bem adquirido, posto que este terá sido o primeiro passo dado ao início dos procedimentos tendentes à contratação, com ou sem licitação. Resulta ser ilegal qualquer compra de bem móvel que a Administração promova sem previamente saber, com exatidão, a que finalidade o destinará. A consagração dos móveis a fins previamente traçados é da essência da compra administrativa.

O mesmo não ocorre, sempre, com a aquisição de imóveis. Há hipóteses em que a especificação prévia é indispensável, tal como naquela em que o art. 24, X, da mencionada Lei nº 8.666/93 autoriza a contratação direta (vale dizer, com dispensa de licitação) de compra ou locação de “imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia”. Quando inaplicável for essa regra de contratação direta, por ausente qualquer daqueles requisitos, e exigível for a licitação, a situação enquadra-se na regra geral do art. 14, procedendo-se à adequada especificação do imóvel em relação às finalidades para as quais será utilizado, antes de proceder-se ao devido certame licitatório.

A aquisição por modo originário também poderá pressupor a consagração do imóvel a determinada finalidade, previamente ao aperfeiçoamento da transmissão do domínio. É o que ocorre nas desapropriações, cujo processo administrativo inaugura-se com o ato-condição que declara a utilidade ou

necessidade pública, ou o interesse social, ou agrário, ou urbanístico, a que o imóvel expropriando deverá atender uma vez que dele se aposse a Administração. Também aqui haverá consagração do bem a determinada finalidade, previamente à sua aquisição.

Mas os modos de aquisição originária (desapropriação) ou derivada (compra) de imóveis, supra ilustrados, não esgotam a pauta de possibilidades de ingresso desses bens no patrimônio estatal. Aquisições haverá em que o imóvel ingressará desvinculado de qualquer finalidade, cabendo à Administração verificar, ao depois, qual o uso que dele fará, a exemplo do que ocorre com os imóveis que ingressam no patrimônio mediante dação em pagamento de tributos ou contribuições devidos à Fazenda.

Extraí-se que, na aquisição de imóveis, a Administração Pública pode ou não saber de antemão a que uso remeterá o bem. Em caso afirmativo, e tratando-se de uso que corresponda a interesse público ou administrativo específico, o imóvel ingressará sob o sinete da indisponibilidade, posto que desde logo vinculado àquela destinação. Serão os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial. Em caso negativo, o imóvel permanecerá, mesmo depois de incluído no patrimônio estatal, quase, *modus in rebus*, como qualquer bem se apresenta no patrimônio particular, ou seja, disponível para que o proprietário dele faça o que lhe aprouver, quando lhe aprouver. No caso dos bens de uso comum e de uso especial, a Administração Pública não exerce, indiscriminada e indistintamente, os atributos inerentes ao domínio. Será, em verdade, mera gestora do bem, zelando por que se mantenha em condições de servir ao uso comum ou ao uso especial. No caso dos bens disponíveis, também chamados de patrimoniais ou dominicais, a Administração, ao geri-los, estará equiparada ao proprietário privado, tanto que o art. 17, I, da citada Lei nº 8.666/93 contempla várias hipóteses de alienação de imóveis com dispensa de licitação.

Fica claro que sobre os bens de uso comum do povo e de uso especial da administração incide regime jurídico de direito público, integral e exclusivamente. Por isto importa que o Código Civil exclua tais bens da tutela do direito privado. E que sobre os bens dominicais incide regime jurídico que segue princípios e normas gerais de direito público, convivendo, porém, com o direito privado nos negócios jurídicos de que tais bens venham a ser objeto, segundo institutos de aquisição típicos, tais como, além da compra e venda e da dação em pagamento retro aludidas, a doação e a permuta.

Sob a perspectiva da ampliação da base física das instalações do

Poder Judiciário, o foco deve concentrar-se nos bens de uso especial, que ingressam no patrimônio público com destinação predefinida, excludente de qualquer outra em que qualquer outro setor da Administração Pública possa ter interesse.

4. AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELO NOVO CÓDIGO CIVIL NO TRATAMENTO DOS BENS PÚBLICOS

O novo Código Civil trata dos bens públicos nos arts. 98 a 103. Confrontados com os arts. 65 a 68 da lei derroganda, ressaltam as modificações que a seguir se apontam.

4.1 - A identificação da esfera do domínio nacional em que gravitam os bens públicos não mais se define pela nomeação da União, dos Estados e dos Municípios. Segundo o novo texto, são públicos os bens que pertençam às pessoas jurídicas de direito público interno. E estas, nos termos do art. 41, são a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios, os Municípios, as autarquias e demais entidades de caráter público criadas por lei.

A nova ordem certifica que somente as pessoas mencionadas no art. 41 ostentam personalidade jurídica que as habilita ao exercício de direitos e obrigações, inclusive, portanto, quanto aos modos originário e derivado de aquisição de bens, móveis ou imóveis. Consagra-se a teoria de imputação, de largo e vetusto trânsito no direito público, segundo a qual são despersonalizados os órgãos integrantes da estrutura em que se decompõem, administrativamente, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por isto que os atos desses órgãos devem ser imputados ao ente público a que respectivamente se subordinam, que por eles responde.

O mesmo raciocínio conduz à conclusão de que são igualmente despersonalizados os órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário. E este, como os demais Poderes constituídos, confunde-se, sob a perspectiva da personalidade jurídica, com a União ou o Estado em cuja estrutura institucional se situe. A mesma teoria da imputação remeterá ao domínio e à responsabilidade da União ou do Estado também as conseqüências dos atos administrativos negociais, bem como dos contratos administrativos, que os órgãos do Judiciário pratiquem. Segue-se que os bens imóveis que venham a ser adquiridos com recursos autônomos do Poder Judiciário ingressam, em verdade, no patrimônio da União (se se tratar de tribunal federal) ou do Estado (se se tratar de tribunal estadual).

4.2 – Instigante questão decorre do parágrafo único do mencionado

art. 41, que admite a existência de pessoa jurídica de direito público “a que se tenha dado estrutura de direito privado”, regendo-se tal pessoa, então, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas da lei civil. Teria a regra por destinatárias, entre outras, as fundações instituídas pelo Poder Público com personalidade de direito privado? Ou as chamadas “organizações sociais”? A essas pessoas faltaria a premissa de serem, por natureza, pessoas jurídicas de direito público. Ao contrário, as fundações e as organizações sociais são, por índole, pessoas jurídicas de direito privado, a que a lei atribui função pública ou, eventualmente, classifica, como no caso de certas fundações, como de direito público. Por outro lado, seria possível moldar como de direito privado a estrutura de uma autarquia, pessoa tipicamente de direito público interno, e, então, submeter o seu funcionamento ao Código Civil? A interpretação da norma carece de aprofundamento, indispensável para que se evitem aberrações.

Seja qual for o sentido da ressalva, serão dominicais, vale dizer, disponíveis, os bens dessas pessoas de direito público com estrutura de direito privado, salvo se a lei dispuser em contrário. De vez que o art. 101 consente que os bens públicos dominicais sejam alienados, observadas as exigências da lei, segue-se que os bens dessas pessoas são alienáveis, o que inova o regime do antigo art. 67, que considerava inalienáveis todos os bens públicos e remetia à lei a definição dos casos e circunstâncias de perda da inalienabilidade, que rotulava como de seu “peculiar” regime.

Decerto que se agitará discussão sobre a penhorabilidade desses bens. Recorde-se que o art. 649, inciso I, do CPC declara a impenhorabilidade absoluta dos bens inalienáveis. Uma vez que os bens dominicais podem ser alienados, inverteu-se a premissa. A regra geral passou a ser a alienabilidade, cumpridas as exigências da lei. Logo, se esta não as formular, os bens dominicais serão alcançáveis pela constrição, somente descabida em relação aos bens inalienáveis por definição e natureza, os quais, na dicção do art. 100, são os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial. A novidade está na expressa exclusão da inalienabilidade, destarte da impenhorabilidade, como característica dos bens dominicais. No regime derogado, este acompanhava os bens de uso comum do povo e os de uso especial quanto à inalienabilidade. Agora, os bens dominicais são em regra alienáveis, observados os requisitos da lei.

4.3 – O fato do art. 100 estabelecer que os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, “enquanto conservarem

a qualificação, na forma que a lei determinar”, traduz fórmula superior àquela que lhe corresponde no art. 67 da lei antiga. É que fica claro, agora, que a afetação desses bens a seus respectivos usos específicos admite conversão. Como se verá adiante, ditos bens podem ter sua categoria alterada, transformando-se a sua qualificação, para usar a expressão do novo texto, mediante afetações e desafetações sucessivas.

Em outras palavras, os bens de uso comum do povo e os de uso especial da administração mantêm-se inalienáveis enquanto forem, respectivamente, bens de uso comum do povo ou bens de uso especial da administração. Se perdem tais qualidades, tornando-se dominicais pela desafetação, transmudam-se em alienáveis, pela singela razão de que, enquanto afetados, fora do comércio estavam, o que cessa com a desafetação.

Não se pode afirmar que o novo Código seja inovador. Os primeiros comentadores do Código de 1916 já percebiam a conversibilidade entre as categorias de bens públicos, tanto que ressalvavam que “Peculiar não significa imutável, irrevogável; mas sim exprime uma qualidade própria, que pode ser dispensada por quem a criou, isto é, pelo legislador” (*Manual* cit, p. 568). O que a aplicação da lei civil veio esclarecer é que a desafetação, como se evidenciará a seguir, não dependerá sempre da lei, podendo resultar de ato jurídico ou de fato jurígeno.

4.4 – O art. 102 traz novidade apenas formal em relação ao sistema do antigo Código, e nem isto em face do sistema inaugurado pela Constituição de 1988. Ao declarar que os “bens públicos não estão sujeitos a usucapião”, o novo Código enuncia expressa proteção contra a chamada prescrição aquisitiva em favor de todas as categorias de bens públicos, o que inclui os dominicais. Curioso quanto a estes: são alienáveis, porém imprescritíveis.

Acompanha a CF/88, cujos arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, repetem, como eco: “Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”. A repetição de idêntico dispositivo em dois artigos da Carta Fundamental indica que a vedação abrange tanto os imóveis localizados em áreas urbanas (art. 183) quanto rurais (art. 191).

Todavia, nenhuma inovação substancial decorre do art. 102. O verbete 340, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, proclamava que “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”, o que Clóvis também sustentava desde os primeiros comentários sobre o monumento codificado de 1916, por razões que dispensam reprodução, nos limites destas reflexões.

5. O FATO JURÍGENO DA AFETAÇÃO

O novo Código Civil mantém, como se deduz a olho nu, a classificação dos bens públicos em três categorias: os de uso comum do povo, os de uso especial, e os dominicais ou patrimoniais.

Os bens de uso comum são aqueles postos ao uso e gozo por qualquer pessoa, desde que de modo compatível com a respectiva destinação. A segunda parte da definição é relevante. Imagine-se a praça pública, cuja destinação é a de servir ao lazer. O fato de ser bem de uso comum não autoriza a que alguém ali estenda um varal de roupas para secarem ao sol. A destinação dos bens de uso comum expõe-se a manipulações eventuais. É juridicamente clara a impossibilidade de a Administração pública tolerar que esses bens sejam utilizados para fins incompatíveis com aquela destinação, o que equivale a dizer-se que camelôs só podem ocupar ruas, praças, avenidas ou praias, para a venda de mercadorias, mediante permissão expedida pela autoridade competente. É que, embora tais bens sejam franqueados ao uso indistinto de qualquer do povo, é defeso que o uso por alguns desnature a finalidade própria do bem. Se a autoridade administrativa considerar que a atividade privada proposta compatibiliza-se com o interesse público e a destinação do bem, expedirá a permissão; convencendo-se do oposto, indeferirá o pedido do particular e coibirá o uso não consentido.

Os bens de uso comum do povo integram o respectivo domínio dos entes públicos políticos maiores (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal), tal como separados na Constituição. São bens indisponíveis, enquanto afetados à destinação pública. Eis noção fundamental em matéria de bens públicos, a da afetação. Se a destinação que flui da afetação for no sentido de uma fruição genérica, configura-se o bem de uso comum; se no sentido do uso restrito, trata-se de bem de uso especial.

Os bens de uso especial são destinados à execução dos serviços administrativos, utilizáveis apenas pelo Poder Público, único titular dos serviços públicos (CF/88, art. 175). Pertencem aos entes públicos ou autárquicos. Os bens das autarquias também podem ser afetados, uma vez que de direito público é a personalidade jurídica destas. São bens públicos de uso especial os prédios em que têm sede repartições públicas, tais como escolas e hospitais da rede oficial, delegacias policiais, foros judiciais etc.

Nos bens de uso comum do povo, viu-se que o uso é indistintamente oferecido a todos, bastando que se preserve a fruição genérica da destinação própria do bem. Nos bens de uso especial, há afetação a um uso específico e

restrito. Assim, v.g., uma escola pública está destinada ao uso de seus alunos e dos servidores que ali desempenharão funções docentes ou administrativas; logo, não é a qualquer povo. Em consequência, a diretora da escola pode fixar critérios para o ingresso de terceiros, identicamente podendo proceder o diretor de hospital público ou o juiz diretor do foro.

O que há de unívoco entre esses bens é que, enquanto afetados, são indisponíveis. O Poder Público não lhes pode dar outra destinação que não aquela correspondente, respectivamente, ao uso comum do povo ou ao uso especial. Afetação e indisponibilidade induzem-se mutuamente.

Há bens públicos que não são afetados. Integram o patrimônio disponível dos entes públicos e das autarquias, os quais estão para esses bens como o particular para o bem de sua propriedade. Há uma relação patrimonial de domínio. Porque não afetados a uso comum ou especial, esses bens são administráveis para a obtenção de receita, como são os bens privados. Por isto esses bens públicos são chamados de dominicais ou patrimoniais. A consequência jurídica da não afetação é a disponibilidade. Daí esses bens serem também rotulados como disponíveis, podendo ser objeto de alienação, locação, cessão, oneração.

Deduz-se que afetação é a destinação do bem a um fim determinado de interesse público, seja para uso geral ou especial. Desafetação é a liberação do bem dessa destinação, com ou sem substituição por outra.

É possível converter-se a afetação para uso comum do povo em afetação para uso especial e vice-versa. O mesmo raciocínio preside a afetação dos bens dominicais. Estes não são afetados, mas podem vir a sê-lo. Imagine-se um prédio dominical que a administração mantenha locado a particular e que se torne propício à instalação de ambulatório de saúde pública. Na medida em que vinculado a este uso especial, o prédio deixará o patrimônio disponível e somente poderá ser utilizado para atender à destinação específica a que foi afetado.

A afetação e a desafetação podem decorrer de ato administrativo ou legislativo. Interessante divergência reside na possibilidade de um fato ser capaz de afetar ou desafetar um bem. Recorde-se que a ação de desapropriação indireta significa o reconhecimento de que o Poder Público esbulhou a propriedade privada por meio de uma afetação de fato, já que sequer expedira o decreto declaratório de utilidade ou necessidade pública para o fim de desapropriar. Outros inadmitem a afetação por um fato, ao fundamento de que este sempre dependerá de ato administrativo, atacável

quanto aos vícios em seus elementos estruturais, mas de toda sorte um ato jurídico. Com respeito à desafetação provir de um fato, não parece haver dúvida quanto a tal possibilidade. Imagine-se o terremoto que destrói a escola pública; o prédio, ao ruir, é desafetado de sua destinação por um fato da natureza, capaz de gerar nova situação jurídica para o bem. Daí o rótulo genérico de fato jurígeno.

Duas conclusões soam certas quanto às figuras de que nos ocupamos:

(a) jamais haverá afetação ou desafetação em virtude de um ato do administrado; são elas geráveis por ato administrativo ou legal; também, em termos, por um fato; mas jamais por ato do particular; ilustre-se com a invasão de terras: o interesse que a move é o dos invasores, logo privado, ainda que de conotação social; sabendo-se que a afetação e a desafetação só se justificam em face de finalidade de interesse público, segue-se que não podem resultar de ato privado do administrado;

(b) a destinação específica do bem somente se constitui, ou se altera, mediante fato ou ato que produza nova afetação ou desafetação.

No caso da aquisição de imóvel, o ato do negócio jurídico pode não coincidir com a afetação do bem a fim específico. E usualmente não coincide. É que, tratando-se de modo derivado de aquisição, a compra e venda se aperfeiçoará entre os contraentes e *erga omnes* com a só inscrição do respectivo instrumento público no registro imobiliário competente. Não é necessário, nesse momento, para o fim de operar-se a transmissão da propriedade, que o ente público adquirente explicita a destinação do bem. Em outras palavras, este poderá ingressar no patrimônio público na qualidade de dominical, vale dizer, sem afetação a destinação específica.

Se, como se viu, o titular da propriedade, do ponto de vista patrimonial, é o ente público provido de personalidade jurídica que o habilite a contratar, e se o preço será pago por Fundo Especial do Poder Judiciário, na premissa de que o bem a este se destina, ocorrerá de o Judiciário empenhar suas receitas na aquisição de bem e este ser inscrito no patrimônio do Estado, que, em tese, a ele pode dar outra destinação. A menos que da escritura pública já constasse cláusula que, desde logo e expressamente, afetasse o imóvel ao Judiciário, em caráter permanente, e somente admitida desafetação mediante lei específica, firmado o instrumento por quem represente o Judiciário e por quem represente o patrimônio do Estado.

6. CONCLUSÃO

A aquisição de bens móveis e imóveis pela Administração Pública, qualquer que seja o órgão incumbido de efetivá-la, no âmbito de qualquer dos Poderes, qualquer que seja a esfera da Federação, se faz mediante contratos sujeitos a regime jurídico especial. É o que se extrai da CF/88, art. 37, XXI, e da Lei nº 8.666/93.

Tal regime especial não afasta, no direito brasileiro, o fato de a aquisição de imóvel somente se aperfeiçoar e produzir efeitos mediante a transcrição no registro imobiliário competente. Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. São as regras dos arts. 1.245 a 1.247 do novo Código. Cuidando-se de coisa móvel, a propriedade não se transfere pelo negócio jurídico antes da tradição, nos termos dos arts. 1.267 e 1.268 do novo Código.

Em princípio, os contratos administrativos de compra de bens são precedidos de completa e adequada especificação das características desses bens, vinculantes de sua destinação, tal como previsto na legislação regente das licitações e contratações da Administração Pública. Todavia, tratando-se de imóvel, nem sempre a especificação prévia coincidirá com o uso a que o bem deverá ser afetado.

Somente as pessoas jurídicas de direito público interno são providas de personalidade que as habilita a incorporar, como públicos, os bens que adquirem. Os órgãos administrativos subordinados a essas pessoas são despersonalizados e, ainda quando disponham de receita própria, adquirem os bens em nome daquelas pessoas, que os registram nos respectivos patrimônios, inviabilizada, destarte, a transcrição do título de propriedade em nome do órgão.

Para o fim de vincular-se o imóvel adquirido com recursos próprios do Poder Judiciário à exclusiva utilização pelos serviços judiciários convém que se lavre o instrumento público com cláusula expressa de afetação imediata do bem a tal destinação, sugerindo-se a seguinte redação: “O imóvel objeto do presente título fica, desde já, nos termos da Lei n ..., que instituiu o Fundo Especial ..., afetado permanentemente ao Tribunal de Justiça do Estado ..., somente podendo ser desafetado mediante lei específica”.

Os recursos empenhados na aquisição de imóvel que abrigará serviços judiciários, sendo provenientes de receitas próprias de Fundo do

Poder Judiciário, por si só justifica a imediata afetação, dado que essas receitas são vinculadas e não podem ser utilizadas para finalidade diversa daquela prevista em lei, sob pena de desvio de finalidade e violação do princípio da legalidade. ◆